

✓ III

(+)

BONFANTI - MONTALBÁN

IV CONGRESO DE DERECHO SOCIETARIO (1986)

Universidad de Mendoza - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Temario: III. Rol del Estado en materia societaria

"Intervención cautelar de entidades financieras: un medio apto para lograr la consolidación del sistema".-

1. Al formar parte este instituto, que ingresa como novedoso, de la Ley de consolidación de entidades financieras N° 22.529 (en adelante L.Cons.), puede considerárselo como producto de los efectos de la crisis financiera del otoño de 1980.

La liquidación sucesiva de cuatro bancos comerciales de cierta importancia puso en evidencia que el Título VII de la Ley de entidades financieras N° 21.526 (en adelante LEF) aportaba mecanismos insuficientes para encontrar una salida a la crisis de liquidez y solvencia de las entidades con problemas. Además no fue ajeno a la autoridad de aplicación del sistema financiero el peligro del "efecto de cascada" que la caída de las entidades originaba en el resto, con el consiguiente debilitamiento y, aún, pérdida, del factor decisivo en toda plaza bancaria: la confianza de ahorristas e inversores.

1.1. La ley dictada en este sentido con anterioridad a la L.Cons. en agosto de 1980 y que lleva el N° 22.267 constituyó sólo un paliativo legal, aunque en la práctica permitiera la venta en licitación de los bancos Internacional S.A. y Delta y Norte Argentino S.A.

Pero en todo caso puede decirse que se había tomado posición en el sentido de que las soluciones tradicionales aportadas por el derecho societario (disolución y liquidación) y por el derecho concursal (liquidación concursal administrativa) no alcanzaban para lograr ese encuentro, considerado indispensable para atender los intereses de la entidad problematizada y aquellos otros -superiores- del sistema financiero en general.

Es que las particularidades del sujeto "entidad financiera" exigían adoptar criterios si no extraños o disímiles a lo societario-concursal, por lo menos singulares y adecuados a la estabilidad de las entidades que debían operar conformes a ciertas "relaciones técnicas", frutos de la experiencia propia de cada plaza.

Como se aprecia, la complejidad del problema liquidatorio iba más allá del clásico formalismo insito en el tipo societario o del contenido multiforme del comerciante fallido.

2. La L.Cons. procuró allegar nuevas alternativas de solución mediante una trilogía de menor a mayor representada por la "regularización - fusión - venta" de la entidad consolidada.

Precisamente es en este último concepto donde debe buscarse el meollo del asunto, por cuanto sin mengua -pero más allá- de los legítimos intereses de los socios, accionistas y acreedores, campeó la defensa de la propia entidad como unidad en sí misma, a la vez que formando parte integrante del sistema financiero.

Este dualismo surgido de la realidad es característico de la operatoria financiera, por la evidente repercusión social y económica que tiene en la comunidad organizada.

El impacto del otorgamiento de crédito y su distribución entre los beneficiarios excede los moldes de muchos conceptos jurídicos que fueron acuñados en épocas en las que el avance tecnológico no se producía con la urgencia e inexorabilidad de nuestros días, reclamando consiguientemente la financiación que lex permitiera concretarse.

Las premisas de fundamentación que se exponen llevaron al legislador financiero nacional a configurar la "consolidación" como un estado previo a la solución del problema, -circunstancia ésta que produce un avance interesante en nuestro derecho dado que las legislaciones más modernas en materia comercial han comenzado a incluir en sus disposiciones las previsiones necesarias y suficientes para la consolidación o reflotamiento de empresas en crisis.

Es así que la L.Cons., en términos importados de la quiebra, pero que la exorbitan, procura el reflotamiento de la empresa financiera dejando relegada su liquidación a modo de postre -y complicada- salida.-

2.1. Claro que no siempre ese resurgir empresario puede lograrse en forma directa o en una primera instancia.

Teniendo en cuenta la complejidad y dinámica de la problemática financiera, era necesario y conveniente un análisis previo de la entidad, para evaluar la viabilidad de una u otra alternativa consolidatoria y a su vez anticipar, también, cuáles "facilidades" (a las que se refiere el art.25 de la ley) podían y debían otorgarse a la entidad.

Así queda plasmada la intervención cautelar como el medio que permitiera una mejor visión del problema, con esa cuota indispensable de prudencia, unida a un mejor conocimiento del problema.

2.2. Para que opere la intervención cautelar deben cumplirse los requisitos del art.24 L.Cons. o sea: a) realización por la entidad de actos o incursión en omisiones que a juicio fundado de la autoridad de control pusieren en peligro su funcionamiento o, b) que se encuentra afectada la solvencia y liquidez o, c) se comprobare la realización de operaciones prohibidas o limitadas.

Es decir que la autoridad de contralor que se ejerce sobre los integrantes del sistema financiero efectúa un análisis pormenorizado de la situación patrimonial de las entidades y de los actos que sus administradores realizan, circunstancia ésta que se origina en el poder de policía que la ley acuerda al BCRA.

Cuando el resultado de tales análisis determina que una entidad ha incurrido en los supuestos a) - b) o c) señalados precedentemente, a criterio técnico y fundado del BCRA se podrá disponer la intervención.

Como se aprecia, el instituto gira en torno a una valoración del BCRA que debe considerarse como condición sine qua non de aquél. Y tal valoración tiene dos fines principales: 1) el desplazamiento de las autoridades de dirección y representación de la entidad intervenida; 2) ello a los efectos de la ponderación de la alternativa más conveniente para la recuperación de la entidad o la convicción de que no existe otra alternativa viable.

2.3. En el primer aspecto se planteó durante el régimen de la ley 22.267 la disyuntiva de si tal desplazamiento comprendía también los órganos de fiscalización societaria. Luego de algunas vacilaciones iniciales debidas primordialmente a la interacción de normas societarias con financieras, en la cuestión- la jurisprudencia

administrativo-bancaria se orientó hacia una interpretación restrictiva, tal como emana del tenor literal del artículo 24.

Con apoyo en el art.6 de LEEF -que reserva a la autoridad de control todo lo concerniente a la constitución de la sociedad y a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales reglamentarias y estatutarias pertinentes, se consideró procedente preservar el interés de los accionistas y socios a la sindicatura fiscalizadora, por cuanto el fin último del instituto, como se ha dicho, es la conservación de la empresa en dificultades y no, su eliminación.

En sentido diverso de lo anterior, la generalidad de los casos demuestra que debe atribuirse a los órganos de dirección y administración de la entidad problematizada su responsabilidad por el desfase de ésta debido a varias razones que, en los hechos, pueden sintetizarse en dos: 1) falta de idoneidad técnico-financiera (el "sígnal" banquero) y 2) conducta reprochable en los negocios.

Dentro de estos lineamientos, en que se presenta el dificultoso tema de la "responsabilidad extracontractual del dador de crédito en caso de abuso" debe valorarse la procedencia -o no- de la intervención cautelar cuando los indicadores de alerta (los early warnings de los anglosajones) referidos a las relaciones técnicas que debe cumplir la entidad, hubieran prendido "luz roja". De ahí la importancia del instituto, cuya naturaleza "cautelar" o "preventiva" está presuponiendo un elevado grado de prudencia o, como se ha dicho también, de tacto, ambos esenciales con todo lo vinculado a la actividad financiera.

Se ha tenido especial cuidado, al valorar la intervención cautelar, en minimizar y evitar todo subjetivismo en la apreciación del problema, máxime teniendo conocimiento que el mismo debe ser apreciado dentro de un sistema que debe tener en cuenta, además, la mayor o menor gravitación de la entidad afectada, en la cuestión.

El aspecto segundo configura una fase que si bien se inicia durante la intervención cautelar, la continúa, por cuanto habrá de concretarse en otra fase posterior, por medio de la fusión o de la venta en licitación o, de fracasar ambas, de la liquidación de la entidad. Lo dicho tiene importancia en razón que el contenido que se explicita o no durante la intervención cautelar es el que dará lugar a una de las alternativas mencionadas.

2.4. A esta altura del discurso jurídico correspond# referirse al plazo de noventa días en que fuera fijado el lapso de duración del instituto.

La intención del legislador de 1982 fue establecer un plazo razonablemente breve para impedir cualquier abuso al respecto. Sin embargo, la gran variedad y complejidad de los - problemas que se presentaron en una plaza conflictiva como la de Buenos Aires y aquellas de principales ciudades del Interior del país pusieron de manifiesto que una interpretación estricta del - plazo podía conducir, en la práctica, a resultados contraproducentes: la prórroga de dicho plazo se transformó, en más de una ocasión, en algo inevitable.

De esta manera operóse una flexibilidad interpretativa vinculada a un trasfondo casuista del asunto, que invitaba a no anquilosarse en la letra del texto legal sino a enriquecerlo con el significado vital del caso.

La prórroga, debidamente fundada, del plazo de intervención fue puesta en evidencia en varias oportunidades entre las cuales quizá las de mayor significación hayan sido la intervención del Banco Español del Río de la Plata Ltdo. S.A. -que insumió unos diez meses- para que estuviera en condiciones de ser - licitado públicamente para la venta y, más tarde, la del Banco de Italia y Río de la Plata S.A., que aún perdura.

Estas postergaciones señalan al mismo tiempo la disimilitud de situaciones que pueden presentarse, acordes con la dimensión de la entidad intervenida y sus posibilidades de venta. Influye también en ese tiempo de ponderación la necesidad y conveniencia de fijar un precio de base adecuado, a la vez que realista, a fin de que sea apreciado por los potenciales oferentes evitando el fracaso de la licitación, según épocas y circunstancias de la plaza.

De igual manera insumen un determinado tiempo de análisis las otras alternativas de consolidación.

3. En cuanto a la naturaleza jurídica del instituto cabe decir que se inserta dentro de las facultades de - "superintendencia" del sistema financiero, que ejerce el Banco Central.

Evidentemente, se tiende de manera primordial a tutelar al buen funcionamiento del sistema -que no podría funcionar con entidades en dificultades- cuando éstas no pueden adecuar su operatoria a las normas fundamentales de liquidez y solvencia (arts.30-32 de LEF), así como a las relaciones técnicas de capital mínimo, fraccionamiento del riesgo crediticio, proporcionalidad en el otorgamiento del crédito en consideración a los principales deudores, adecuación de las garantías reales y personales constituidas en defensa de los créditos, ponderación del riesgo ínsito en los "grupos empresario" vinculados directa o indirectamente a la entidad, etc.; además del cumplimiento de las normas reglamentarias que emanan de las Circulares emitidas por el Ente Rector del sistema.

Comprobado el desfase de una entidad financiera por las periódicas inspecciones y avaluado su riesgo mediante la actuación de los técnicos que integran la Gerencia de Control de Entidades Financieras del BCRA, la intervención se dispone para buscar y procurar soluciones concretas.

Tiene el instituto, entonces, una función recuperatoria del equilibrio técnico-financiero perdido -o en peligro de pérdida- de la entidad intervenida.

Entonces el instituto se ubica fuera -o más allá- de la normativa societaria o concursal por cuanto tiende a prevenir la disolución societaria o a evitar los problemas de cesación de pagos, dado que es presupuesto la inexistencia de una crisis irrecuperable de la empresa financiera.

Es, por tanto, un instituto de neta raíz bancaria que apunta más al "contenido" de la entidad que a sus aspectos formales: en síntesis, un mecanismo recuperatorio para un sujeto específico -entidad financiera-, en una situación específica: consolidación.

4. De ahí sus profundas diferencias con el supuesto de intervención judicial de la sociedad, previsto en los arts. 113 y siguientes de la L.S.

En efecto, no sólo por la calidad del sujeto que interviene: poder administrador en un caso (sujeto al control jurisdiccional) y poder judicial en el otro, sino también por el fin perseguido por cada uno de los institutos.

En el primero, como hemos visto, el fin primordial es sanear la entidad para evitar la repercusión nociva de su deterioro en el sistema financiero y, además, provocar en ciertos

casos -fusiones por ejemplo- una mejor concentración del mismo, que fuera (en cierta medida) desproporcionadamente dimensionado a partir de 1977.

En este sentido, las alternativas previstas en los arts. 4 y siguientes de la L.Cons. son favorecidas, en cuanto significan un mejor desenvolvimiento del sistema.

Por su parte, la intervención societaria se refiere exclusivamente al ámbito interno de la sociedad y persigue el desplazamiento del administrador cuyos actos u omisiones pongan en grave peligro a la sociedad.

También discrepan ambos institutos en cuanto al sujeto activo, por cuanto en el que nos ocupa ese sujeto que dispone y ejecuta la intervención cautelar es el Banco Central, el que se limita a emitir juicio fundado de la medida. En la intervención judicial, en cambio, el sujeto activo es el socio debiendo éste acreditar prima facie la existencia del peligro y su gravedad, como así que agotó los recursos acordados por el contrato social y se promovió acción de remoción.

En este sentido cabe poner de resalto que la decisión de intervenir cautelarmente a una entidad financiera no está sujeta a presupuesto alguno; sólo que se produzcan las circunstancias enumeradas en el art.24 L.Cons.-En algunos casos, en sede judicial se ha discutido que era indispensable la tramitación y resolución de un expediente administrativo previo de sumario, recaudo que la ley no prevé y que la jurisprudencia ha considerado innecesario toda vez que en estos supuestos, sumamente delicados y donde el fin primordial está constituido por la confianza en el sistema, la autoridad que ejerce el poder de policía debe actuar con absoluta rapidez. Así lo tiene decidido la jurisprudencia de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, en varios casos.

Por último, la intervención cautelar de entidades financieras no tiene grados distintos: al producirse, se desplazan por el interventor las autoridades de administración y representación. En cambio, en la intervención judicial societaria -que también tiene un carácter preventivo- existen los diversos grados previstos por el art.115 L.S. y estará a cargo del órgano jurisdiccional determinar las funciones.

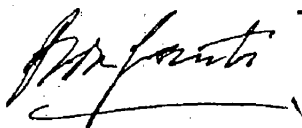
Estos rasgos distintivos implican, en consecuencia, que la entidad financiera constituida como sociedad anónima está sujeta a dos tipos de intervención: la cautelar, dispuesta por el organismo de control en base a lo expuesto precedentemente y la judicial societaria interna, apoyada en las normas de la ley societaria. A título de aclaración cabría agregar que también las entidades financieras constituidas como sociedades cooperativas han sido sometidas a intervención cautelar por el BCRA, sobre la base de una indispensable interpretación extensiva de la LMF a lo dispuesto por la L.Cons.

Retomando el concepto de sociedad anónima, se aprecia entonces que está sujeta a dos clases de fiscalización: la administrativo-bancaria (con todo el particularismo de "lo bancario", dentro del amplio concepto de administración), ejercida por el BCRA y la societaria, por la sindicatura correspondiente.

5. Los interesantes (y razonablemente positivos) resultados que se han obtenido por la aplicación de este instituto más toda la experiencia recogida indican que la intervención cautelar resulta un medio -un punto de partida- idóneo para intentar el saneamiento de entidades que atraviesan dificultades económico-financiero-patrimoniales; asimismo para procurar un re-dimensionamiento del sistema, fin conjunto perseguido por la ley 22.529.

Estos resultados podrían mejorarse de manera significativa si el plazo de intervención pudiera adecuarse a los requerimientos de cada caso en particular, atento sus variantes y complejidades.

En consecuencia se propone la siguiente POLENCIA: Mantener en el régimen legal financiero argentino la institución de la intervención cautelar como un medio idóneo para el saneamiento de - empresas financieras en crisis, pero recuperables. Proponer la modificación de la norma del art. 24 L.Cons., otorgando al BCRA la facultad de disponer plazos mayores de intervención -comparativamente con el vigente- en los casos en los que su criterio fundado, ello fuera necesario y conveniente.



Mario Alberto Bonfanti



Diana F. de Montalbán

8.4.86